

# 新株発行不存在確認の訴えについての一考察

中 根 茂

- I はじめに
- II 平成9年1月28日最高裁判決
  - 1 事実の概要
  - 2 判旨
- III 検討
  - 1 新株発行不存在確認の訴えの必要性と特殊性
  - 2 法律行為の不存在・無効と新株発行不存在
  - 3 判例により新株発行が不存在とした事例と認定事実
  - 4 私見
- IV 新株発行不存在確認の訴えの法的性質・根拠
- V 新株発行不存在確認の訴えの被告適格（法人の内部紛争における被告適格）
  - 1 問題の所在
  - 2 判例の立場
  - 3 学説の立場
  - 4 検討
- VI 結語

## I はじめに

新株発行は、通常新たな資金調達の目的を持ってなされるものであるから原則として授權資本の枠内で、取締役会の決議によって随時発行することができる（商280条ノ2第1項）。しかし、新株発行事項の決定が、取締役会の権限であるため、必ずしも増資を必要としない場合でも、例えば、取締役らが会社の支配権の変動を目的として、専ら自己の側の持株比率の増加をねらっ

た新株発行をすることがある。特に、取締役や株主が両派に分かれて争っているときには、商法の求める手続きを敢えて無視して秘密裏に新株発行が行われ、しかも物理的に新株発行に該当する事実が全く存在しないにもかかわらず登記がなされている場合など、手続的・実体的瑕疵の著しい新株発行を強行することが少なくない。このような場合、従来の学説や下級審の判例は、新株発行無効の訴え（商280条ノ15）の出訴期間を経過しているが、その新株発行の効力を否定するために、新株発行不存在の訴えという訴訟類型を認めていた<sup>(1)</sup>。そして、最近になって最高裁も平成9年1月28日の判決で「新株発行無効の訴えに準じて新株発行不存在確認の訴えを肯定する余地があり、」<sup>(2)</sup>と判示し、更に、補足意見は「商法の明文の規定を欠いてはいるが、新株発行無効の訴えに準じて新株発行不存在確認の訴えを肯定すべきであると考える。」<sup>(3)</sup>として、正面から肯定している。しかし、明文がないため、新株発行不存在確認の訴えについては、なぜ新株発行不存在確認の訴えが必要なのか、どのような状態をさして新株発行不存在というのか、新株発行不存在確認の訴えの法的性質・根拠と必要性、訴訟物、出訴期間の制限、確認の利益、当事者適格者（特に被告適格者）は誰かなど、判決の効力等の問題がある。本稿では、閉鎖会社における支配権争奪という特殊性を踏まえて<sup>(4)</sup>、従来の見解を批判的に考察し、なぜ新株発行不存在確認の訴えが必要なのか、新株発行不存在確認の訴え法的性質・根拠と必要性、訴訟物、被告適格者を中心に論じその他の問題点については、必要に応じて論及することにした。

（1）鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』〔新版〕394頁（有斐閣，1987），田中誠二『再全訂会社法詳論下巻』973頁（勁草書房，1982），北沢正啓『会社法』〔第5版〕550頁（青林書院，1998），近藤弘二『新版注釈会社法(7)』341頁〔上柳克郎ほか編〕頁（有斐閣，1986）。

（2）名古屋高裁昭和63年3月31日金判921号23頁以下（1993），名古屋高裁金沢支部平成4年10月26日金判1015号31頁以下（1997），東京高裁昭和61年8月21日判時1208号123頁（1986）。

（3）尾崎安央「新株発行不存在の訴えの被告適格」判評463号56頁（判時1606号218頁）（1997）。

（4）最高裁平成9年1月28日民集51巻1号40頁，近藤崇晴「新株発行不存在確認の訴えの被告適格」最高裁判所判例解説民事編平成9年度（上）19頁（法曹会2000）。曹時49巻第11号（1997），金判1015号17頁（1997），判タ931号179頁（1997）。

尾崎安央・判評463号55頁（判時1606号217頁）（1997），

（5）裁判官 可部恒雄，同 千種秀夫の補足意見

（6）酒巻俊雄「閉鎖の会社の特質と立法課題」『閉鎖の会社の法理と立法』181頁（日本評論社，1973），酒巻俊雄「新株発行規制の問題点」曹時44巻4号1頁（1992）。

## Ⅱ 平成9年1月28日最高裁判決

### 1 事実の概要<sup>(1)</sup>

A株式会社は、金沢中央卸売市場内において行う青果物の仲買業務等を目的として昭和41年に設立された。以来、X（原告・控訴人・被上告人）が代表取締役を歴任し今日に至っている。しかし、その実際は、昭和57年4月に死亡したXの父Bが実権を握り、その決済のもとに経営がなされていた、いわゆる同族会社であった。昭和51年6月段階の持株状況は、発行済株式総数1,200株に対してXが270株保有の筆頭株主であり、Xの甥であるY（被告・被控訴人・上告人）が200株、その他親族・隣人が残株を保有し、株主は合計11名であったが、Yは、昭和54年7月19日に額面普通株式1,200株の新株発行（発行済株式総数を2倍にする）があり、600株分をYが引き受け、800株保有の筆頭株主になったと主張した。これに対して、Xは、右新株発行についての株主総会と取締役会が存在しないこと、かりに取締役会決議があったとしても、それによれば株主に新株引受権を与えることになっているのにYに600株、Xに200株を割り当てるなど割当条件に違反していること、払込はいわゆる見せ金であったこと、株主への通知がなかったこと、などを主張して、（イ）Yを被告に、（ロ）昭和63年に、（ハ）新株発行不存在確認の訴えを提起したのが本件である（甲事件）。なお、事実関係はさらに錯綜し、昭和63年6月16日には額面普通株式2,400株の新株発行（再び発行済株式総数を2倍にする）があったとされ、今度は900株分をXに割り当てるなど、X

側の支配権奪還が図られた。これに対して、Yは、新株発行事項についての公示または通知がないこと、取締役会の開催通知漏れがあったこと、払込が見せ金であったこと、などを主張し、A会社を被告に昭和63年に新株発行無効の訴えを提起した（乙事件）。

(1) 第一審（平成3年2月8日金沢地裁判決）は、乙事件については新株発行を無効としたのに対して、本件（甲事件）については、「新株発行に該当する事実が全くない場合や仮に物理的に存在するような外観を呈していても、それが手続的瑕疵や実体的瑕疵が著しい場合には、例外的に、」新株発行無効の訴えのように決議から6か月以内に提起しなければならないという制約がない新株発行不存在の訴えを提起できるとし、また本件新株発行手続にはいくつかの瑕疵があることを認定しつつも、それらの瑕疵が新株発行を不存在にするほどの著しい手続的瑕疵ではなく、また支配権確立のための不正発行であると断定することも困難であるとして、Xの請求を棄却した。

(2) ところが、本件（甲事件）の控訴審において名古屋高裁金沢支部（平成4年10月26日判決）は、新株発行不存在の訴えについての一般論を述べることなく「株主総会も取締役会も新株発行についての株主への公示手続のいずれも不存在であり、有効な新株の払込もなく、YがA会社の支配権を確立しようとする意図のもとにした（不公正な）ものと認められてもやむを得ない状況であって、その実体的及び手続的瑕疵が著しいといわざるを得ず、不存在と評価するに値するというべきである。」として、第一審判決を取消して、Xの請求を認容した。

これを不服としたYは、新株発行不存在の訴えは「物理的外形的にも新株発行が存在しないと同視しうる」極めて例外的な場合に限り認められるものであるなどと主張して、上告した。

## 2 判 旨

原判決破棄・第一審取消し・訴え却下

「商法は、このように新株発行無効の訴えを創設しているが、新株発行不

存在の訴えについては何ら規定するところがない。しかしながら、新株発行が無効であるにとどまらず、新株発行の実体が存在しないというべき場合であっても、新株発行の登記がなされているなど何らかの外観があるために、新株発行の不存在を主張する者が訴訟によってその旨の確認を得る必要のある事態が生じ得ることは否定することができない。このような新株発行の不存在は、新株発行に関する瑕疵として無効原因以上のものであるということができるから、新株発行の不存在についても、新株発行に無効原因がある場合と同様に、対世効のある判決をもってこれを確定する必要がある。したがって、商法の明文の規定を欠いてはいるが、新株発行無効の訴えに準じて新株発行不存在確認の訴えを肯定する余地があり、この場合、新株発行無効の訴えに対比して出訴期間、原告適格等の訴訟要件が問題となるが、この訴えは少なくとも、新株発行無効の訴えと同様に、会社を被告としてのみ提訴することが許されるものと解すべきである。これを本件について見ると、Xの本件新株発行不存在確認の訴えは、新株を引き受けた株主であるYを被告として提起したもので、会社以外の者を被告するものであることが明らかであるから、不適法であるといわなければならない。」と判示した。

なお、裁判官 可部恒雄、同 千種秀夫の補足意見は、次のとおりである。

「新株発行の不存在についても、新株発行に無効原因がある場合と同様に、対世効のある判決をもってこれを確定し得ることとする必要があることは、法廷意見の説示するとおりで、商法の明文の規定を欠いてはいるが、新株発行無効の訴えに準じて新株発行不存在確認の訴えを肯定すべきであると考ええる。その場合、明文の規定がないにもかかわらず、新株発行無効の訴えに準じてこれを認めるのであるから、被告適格の点だけでなく、出訴期間、原告適格等の訴訟要件を始め、出訴期間経過後の措置、判決の効力等についても、可能な限り新株発行無効の訴えに準ずべきことはむしろ当然であろう。したがって、商法が法的安定性の見地から新株発行無効の訴えについて出訴期間を設けた趣旨に鑑みれば、出訴期間の制限なしに、何時までも新株発行不存在確認の訴えを独立して提起し得るものとするには躊躇を覚える。その

反面、新株発行不存在確認の訴えを必要とする実情に照らせば、右の出訴期間の経過後においても、新株発行の不存在を前提として株主権の不存在確認を求める等の別訴を提起することを妨げる理由も見出し難い。そして、このような判決が確定したときは、登記簿の新株発行の外観を除去するための方途も同時に考慮されなければなるまい。このような問題点を考えると、新株発行無効の訴えに関する規定を何処まで類推適用すべきかについては、なお議論の余地があるが、本件においては、いずれの当事者からもこの点についての主張はなく、したがって原審も判示せず、論旨もまた特段の言及をしていないところであるから、それらについては今後の検討をまつこととし、被上告人の本件訴えについては、被告適格を欠く点において不適法であるとして、これを却下するのが相当である。」

(1) 尾崎安央「新株発行不存在の訴えの被告適格」判評463号55頁（判時1606号217頁）（1997）、金判1015号17頁以下（1997）、判タ931号179頁（1997）。

(2) 本件は、昭和54年（甲事件）と昭和63年（乙事件）の二度にわたりなされた新株発行のうち、前者（甲事件）に関して争われたものである。後者（乙事件）については、Yから公示義務違反（商280条ノ3ノ2）を理由とする新株発行無効の訴えが提起されている。そして、甲事件と乙事件は、同日に判決がなされている（一審金沢地判平成3年2月8日、二審名古屋金沢支判平成4年10月26日は、両新株発行の併合審理された）。乙事件については、最高裁は「新株発行に関する事項について商280条ノ3ノ2に定める公告又は通知を欠くことは、新株発行差止請求をしたとしても差止の事由がないためにこれが許容されないと認められる場合でない限り、新株発行無効原因となる。」と判示した（最高裁平成9年1月28日民集51巻1号71頁）。本稿では、昭和54年（甲事件）の新株発行に関してだけ検討する。

### Ⅲ 検 討

#### 1 新株発行不存在確認の訴えの必要性和特殊性

新株発行の効力を争う商法上の訴えは、規定上、株主総会決議の効力を争う訴訟のように、決議取消しの訴え（商247条以下）、決議無効確認の訴え（商252条）、決議不存在の訴え（商252条）という区分はせず、新株発行に伴

う実体的・手続的瑕疵はすべて新株発行無効の訴えのみをもって争うべきものとしている（商280条ノ2第1項<sup>(1)</sup>）。新株発行無効の訴えの沿革は昭和13年改正商法において法律関係の明確化・画一的処理を目的に導入された資本増加無効の訴えに由来する（商371条以下）、それ以前は、商法については、特別規定をもたず、資本増加無効は、一般原則に従い何時でも誰でも主張するものとしていた。そして、新株発行に関する規制が大幅に変更された昭和25年商法改正により資本増加は新株発行となり、その手続は資本増加の手続と大幅に変わったが、新株発行無効の訴えの規定は、改正前の資本増加無効の訴えの規定をほぼそのまま承継しているものである。即ち、新株発行に法律的瑕疵があり、そのためその効力を認め得ない場合にも、これを一般原則に委ねることは、株式会社における法律関係の画一的確定、瑕疵の主張の可及的制限および無効の遡及効阻止の必要からみて妥当ではないので、新株発行無効の訴えのみによって、その効力を争うことができるとしたのである（280条ノ15）。

ではなぜ新株発行不存在確認の訴え必要としているのであろうか。それは、閉鎖会社において、少数派株主が、多数派株主から会社支配権を確立するために秘密裏に新株発行をし<sup>(2)</sup>たり、最大株主に知られないように密かに自派に<sup>(3)</sup>有利な新株を発行しているような場合の会社支配権の争奪に於いて、新株発行の手続に重大な瑕疵があるものとして、新株発行無効の訴えを提起したいが、しかし、出訴期間の6か月が経過しているような場合には、新株発行無効の訴えを提起できないので、その救済として新株発行不存在確認の訴えを必要としているからである。即ち、新株発行不存在確認の訴えという訴訟類型認めてきた理由の大きな理由は、出訴期間という時間的な経過によっても新株発行の手続・内容に「治癒されない」場合があり、そのような新株の効力を否定しようとするに<sup>(4)</sup>あった。又、<sup>(5)</sup>實際上の理由は、無効の訴えについては、新株発行の日から6か月以内という厳しい出訴期間があり、これを経過したときは、不存在の訴えとして構成せざるを得ないというところにあるものと推察されるからである。この点、最高裁の判決後、高松高裁平成12<sup>(6)</sup>

年1月20日は、最高裁の判決を踏まえて、次のような判断を示した。「新株発行不存在確認の訴えは、明文の規定がないのに新株発行無効の訴えに準じて認められるものであり、しかも判決に対世効という強い効力があることを認める……」としつつ、新株発行不存在確認の訴えを必要とする実情に照らせば「出訴期間経過後であっても、新株発行の存否が前提となる訴訟において、その不存在を主張できること（ただし、その訴訟の判決には対世効はない。）からして、不存在を主張する者の保護に欠けるわけではなく、かえって、出訴期間の制限がないとすれば、新株発行に伴う法律関係の安定が著しく損なわれるというべきである。」とする。

しかし、出訴期間の経過を理由として認容判決に対世効のある新株発行不存在確認の訴えを制限することが、これを制限しない場合よりも法律関係の安定につながるのであろうか疑問である。従って、新株発行不存在確認の訴えについては、新株発行無効の訴えの出訴期間の6か月には拘束されない訴えとして、構成する必要がある。

次に、新株発行無効の訴えは、「発行ノ日」より6か月以内に訴えをもってのみ主張することができる、と定めている。そこで、「発行ノ日」を新株の発行の事実を知った日よりと解釈することで新株発行の瑕疵を新株発行無効の訴え枠内で処理しようと解する見解がある。<sup>(8)</sup> 判例・通説は、<sup>(9)</sup> 「発行ノ日」とは新株発行の効力発生の日、即ち払込期日の翌日(280条ノ9第1項)であると解している。<sup>(10)</sup>

思うに、起算点を個々の事情により動かすことは、出訴期間の趣旨である法律関係の画一的確定の要求に照らして問題がある。又、一部の株主の株式発行の事実についての知・不知によって、もしくは知り得べかりし事情の存否によって、実質6か月の期間の延長するような解釈はとりえない。<sup>(11)</sup> 従って、「発行ノ日」とは新株発行の効力発生の日、即ち払込期日の翌日(280条ノ9第1項)であると解すべきである。本件においては、少数派株主が、多数派株主から会社支配権を確立するために秘密裏に新株発行が行われ、新株の効力発生日とされる日からほぼ10年を経過して提起されたものであるから無効

の訴えは提起できないことになる。新株発行不存在確認の訴えを認める必要性がある。

さらに、新株発行不存在の訴えが問題になるような新株発行を事後的に否定する訴えは、閉鎖会社における会社支配権争奪に関連して発生することが多い。そこで、閉鎖会社の特殊性から次の点に注意が必要である。<sup>(12)</sup> 第一に、取引の安全に関して、このような会社の株式が転々流通することは實際上稀であり、場合によっては株券すら発行されていないこともあるのではない。第二に、支配権争奪である以上、現在の支配株主は（本件ではY）、当該新株を他人に譲渡することは通常考えられず、又、その支配株主は、当該新株発行の経緯について悪意であると考えられる。第三に、かりに譲渡がなされていたとしても、自ら（本件ではY）の支配権維持にとって有利な事情を通じた者（悪意の転得者）に譲渡するのではないかと考えられる点などから、当該新株発行の効力を否定する上での取引の安全という要素の重要性はそれほど高くない。第四に、新株発行による資金調達の必要性の存在も微妙である。

以上の点から、新株発行不存在確認の訴えは、新株発行の手續に重大な瑕疵があるものとして新株発行無効の訴えを提起したいが、出訴期間の6か月が経過しているような場合に、無効の訴えを提起できないので、その救済として新株発行不存在確認の訴えを必要としている。又、「発行ノ日」とは新株発行の効力発生の日、即ち払込期日の翌日(280条ノ9第1項)である。そして、このような閉鎖会社の株式は、株券本来の転々流通性の向上を図り、取引の安全を促進させるという解釈は、必ずしも高いとは言えない。<sup>(13)</sup>

## 2 法律行為の不存在・無効と新株発行不存在

民事法学辞典によると、不存在（不成立）と無効に関して次のように述べている。「法律行為を理論的に法律要件とすれば、法律行為として成立しながら法律効果を伴わない法律効果を発生せしめない法律行為というものは、停止条件附法律行為及び期限附法律行為の場合以外には論理的にありえない

はずである。すなわち、論理的には、法律効果を伴わない法律行為は法律行為でなく、したがって、かかる場合、法律行為は不存在であって、無効と不成立の区別は存しないはずである。けれども、われわれの経験的な社会生活においては、法律行為が法律要件として完全にその法律効果を生ぜしめるに至らない前でも、それが一応、法律行為としての外形的な存在を有するときには、これを法律行為として取扱い、これが法律要件としての必要なすべての要件をみたして法律効果を生ぜしめているか否か、という判断をなしている。また、このように取り扱うほかない。そこで法律上の取扱いにおいても、一応、法律行為としての外形的な存在が認められる場合に、そこに法律行為の成立を認め、これを法律行為の不存在（不成立）とは区別して取り扱（う）。」即ち、法律行為を理論的に法律要件とすれば、法律効果を伴わない法律行為は法律行為でなく法律行為は不存在であって、無効と不成立の区別は存しないはずであるという。これは絶対無効（相対的無効とか、追認を認める無効とは異なる）と同一のものと考えられる。このことを新株発行の不存在という法律的事実<sup>(15)</sup>について考察すると、新株発行の不存在とは、新株発行の実体が存在しないこと、新株式の実体が存在しないことである。従って、新株発行の実体が存在せず、新株発行による変更登記（商166条2項5号6号3項、67条）があるにすぎない場合には、新株発行無効の訴えの場合ではない。新株発行の不存在の場合である。又、新株発行（行為）が外形上存在すると法的に評価されえない場合も新株発行の不存在の場合である。なぜなら、ある目的を達成させることを許してよいかどうかという観点からその行為を評価したとき、その行為は不存在であると評価される場合があるからである。即ち、新株発行に関する瑕疵としては、無効原因以上の瑕疵があり、新株発行の実体的・手続的瑕疵が著しい場合は、無効の訴えの出訴期間をはずしてその主張を認めるのが妥当と思われる場合、新株発行そのものを不存在として取扱う必要があるからである。このように考えないと、出訴期間を経過したことによって無から有を生じさせることになってしまい不当である<sup>(17)</sup>と考えるからである。新株発行無効の訴えが、6か月の出訴期間の経過によってその

無効が争いえなくなるのは、新株発行の手続・内容に瑕疵があっても時間の経過によって完全な効力を有せしめるに適するだけの実体を備えている場合<sup>(18)</sup>であり、このような実体のないのが新株式の不存在であって、新株発行不存在確認の訴えの場合である。従って、新株発行が不存在のものについては、不存在という事実は性質上治癒は認められない。

判例も、東京高裁昭和61年8月21日は、判旨前段の部分において、「その意味では新株発行が存在するかそれとも不存在であるかは、単に物理的な存否の判断に止まらず、一つの法的評価の側面を有することは所論のとおりである。」とする。即ち、新株発行の不存在は、単に物理的な存否の判断に止まらず、一つの法的評価の側面を有するとしている点は高く評価<sup>(19)</sup>できる。

以上の点から、法律行為を理論的に法律要件とすれば、法律効果を伴わない法律行為は法律行為でなく法律行為は不存在であって、無効と不成立の区別は存在しない。法律行為の不存在は絶対無効と同一のものと考えられる。又、新株発行の不存在とは、新株発行の実体が存在しないこと、新株式の実体が存在しないことであり、その手続的・実体的瑕疵が著しいため新株発行が不存在と評価される場合も含む。そして新株発行の不存在は、性質上治癒は認められないことになる。

### 3 判例により新株発行が不存在とした事例と認定事実

判例は、次の〔2〕〔3〕〔4〕の事例に於いて新株発行が不存在と認定した。特に〔4〕の事例については、最高裁の判決後、新株発行が不存在と認定された事例である。（控訴後和解が成立）。

〔1〕東京高裁判昭和61年8月21日判決は、Yは株式会社であるが、Yの代表取締役Aがその代表者を兼任するZ株式会社に新株全部を割当てるとの方法による新株発行を行った。Y会社の大株主の一人であるXから、右新株発行は、Aらがその支配権を確立するために秘密裏に行われたもので、その違法性が甚だしいから不存在とすべきである（主位的請求）、もしくは無効である（予備的請求）、として訴えた事案である。裁判所は、不存在とはいえ

ないと判断した。即ち、裁判所は、①取締役会決議の定足数不足、②第三者への有利発行についての特別決議を欠く、③新株発行事項の通知をせず、今までしたことのない官報による「公告」をした、④本来昭和58年5月中に開かれるべき定時総会を昭和59年1月21日に開催、⑤招集通知に計算書類（商281条1項各号所定）を添付せず、⑥招集を決議した取締役会でも書類を事前送付せず席上で要求を拒絶、⑦これらはAが発行済株式の3分の2以上を占めるために故意に目的意識をもって、違法行為を繰り返すことによって生じたと認定した。

しかし、裁判所は、①いちおう取締役会の新株発行の決議があること、②その旨、官報による公告がされ、発行済株式・資本の額についての変更登記があり「したがって法的評価としても新株発行は存在する」として控訴棄却した。

〔2〕名古屋高判昭和63年3月31日（最判平成4年10月29日の原審）<sup>(21)</sup>判決は、Y会社の株主であると主張するXらが、Y会社が発行した新株発行の不存在確認を求めた事案である。新株発行の不存在を認定した。即ち、裁判所は、①新株発行をした代表取締役Aらを取締役に選任した株主総会決議は不存在、②従って、新株発行は代表取締役でも取締役でもない者によって行われたもので不存在、③新株発行は、Aが自派の株式数を増やすためY会社の最大株主Bに知られないよう密かに進めたもの（Y会社の経理関係の社員も顧問弁護士も新株発行の事を知らない）、④新株の払い込みは、仮払込みである（新株申込人はいずれもAに近い人物で、申込の翌日全額Aが払戻し、それが会社に入金された事実はない）こととして、新株発行不存在と認定した。

〔3〕名古屋高判平成4年10月26日（最高裁平成9年1月28日の原審）<sup>(22)</sup>判決は、本件の甲事件（昭和54年の新株発行、前述の事実の概要を参照）である。新株発行不存在と認定した。即ち、裁判所は、①授權資本増加の株主総会の決議の不存在、②新株発行についての取締役会決議の不存在、③新株発行事項についての株主への公示の手续をした事実は認められない。④本件新株は、取締役会で議決された割当条件に違反して発行されたことは明らかである

（前認定のとおり、取締役会決議の不存在であるから、これを不存在と評価する以上、その決議で決定されたという割当条件違反を独立の違法事由として捉える必要はない。）⑤見せ金による払い込みで、有効な新株の払い込みがあったとはいい難い、⑥Yが会社の支配権を確立しようとする意図のもとになしたものであることを認定、実体的・手続的瑕疵が著しい場合といわざるをえず、不存在と評価するに値する、とした。なお、新株発行したYには代表権があった。

〔4〕浦和地裁平成12年8月18日判決は、Y会社が、その工場敷地の借地権を賃貸人に売却したうえ、株主総会において、会社の解散を決議し、借地権の売却代金の大半を前代表取締役を支給の決議をして実行したところ、Y会社が、借地権の売却に先立って、新株を発行して資本金を倍額に増加した旨の登記がされていたので、株主Xらが新株発行が不存在であることの確認を求めた事案である。裁判所は、①決算報告書に資本増加の振替伝票も、その時点で作成していない、②本件新株発行は、増資登記にもかかわらず貸付金との相殺による払込の事実もない、その実体を欠いたものであってこれを不存在といわざるを得ないとした。

特に〔4〕の浦和地裁平成12年8月18日判決は、「会社が解散決議をし、会社債権者の利害を考慮に入れる必要がない場合には、その残余財産の配分を適切に決定するうえでも、新株の存否を明らかにしておく必要があるとして、新株発行不存在確認の訴えを適法とした。」これは、最高裁の出訴期間の規定の類推適用を認めることによる解決の妥当性が失われることを考慮した事案の特殊性が窺われる判例である。

#### 4 私 見

新株発行の不存在とは、新株発行の実体が存在しないこと、新株式の実体が存在しないことである。従って、新株発行の実体が存在せずに変更登記のみがある場合のほか、新株発行無効の訴えの出訴期間の条件に制約されない訴えを許容すべき程度の手続に著しい瑕疵がある場合で、更に、新株発行の

手続に関する一連の重大な瑕疵が、いわゆる「不公正な新株発行」の違法性と有機的にかさなることによって新株発行が法的側面において不存在と法的評価すべき場合がある<sup>(24)</sup>と考える。なぜならば、新株発行の不存在と認めるべき手続上の瑕疵とは、新株発行無効の訴えの無効原因における瑕疵よりも大きな瑕疵を前提とすること、又、新株発行の不存在の判断基準として、決議の瑕疵の主張に設けている制約を排除するのが妥当かどうかという目的論的な判断が必要であると考えられること、更に、支配権の確立という目的達成のために故意に作出した重大な瑕疵ある手続は個別的に評価するのではなく、一体性をなすものとして評価して、「不公正な新株発行」の違法性と有機的に重なることによって新株発行は法的側面において不存在とすべき場合がある<sup>(24)</sup>と考えるからである。従って、前述の〔1〕の東京高裁判昭和61年8月21日判決は、これだけの違法事実を認定しているのであるから、新株発行の手続に関する一連の重大な瑕疵が、いわゆる「不公正な新株発行」の違法性と有機的に重なることによって新株発行は法的側面において不存在と認定してもよい事案であったと考える。

- (1) 尾崎安央・判評463号56頁（判時1606号218頁）（1997）。
- (2) 閉鎖会社の定義については、種々の見解がありうるが、私は、新株発行に関する限り、公開会社及び店頭取引のある会社以外の非公開会社と解する。なぜなら、このような非公開会社の公開を意図していない会社にあつては、株主数も少数で、同族ないしこれに準ずるような者をもって構成され、定款による株式譲渡制限をするなどして、構成員の自由な変動を好まないのが一般と考えるからである。吉本健一「閉鎖会社における新株発行と法規制のあり方」阪大法学145＝146号325頁以下（1988）、ROBERT W. HAMILTON・山本光太郎訳「アメリカ会社法」242頁（木鐸社、1999）。
- (3) 名古屋高裁金沢支部平成4年10月26日金判1015号31頁（1997）。
- (4) 東京高判昭和61年8月21日、判時1208号123頁（1986）。
- (5) 尾崎安央・判例評論463号56頁（判例時報1606号219頁）（1997）。
- (6) 近藤崇晴「新株発行不存在確認の訴えの被告適格」ジュリ1112号134頁（1997）。
- (7) 判例タ1042号240頁（2000）。
- (8) 砂田太士・法律のひろば41巻4号67頁（1988）、瀬谷ゆり子「新株発行をめぐる

- る紛争の解決と無効の訴えの問題点」判タ859号64頁（1994）、「発行ノ日」を変更登記の日と解する見解として、伊沢孝平「新株発行の手続」株式会社法講座4巻1232頁（有斐閣、1956）、川島いづみ・税経通信42巻5号255頁（1987）。
- (9) 最判昭和53年3月28日判時886号89頁（1978）。
- (10) 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』（新版）384頁（有斐閣、1987）、田中誠二『再全訂会社法詳論下巻』957頁（勁草書房、1982）、北沢正啓『会社法』（第5版）527頁（青林書院、1998）、近藤弘二『新版注釈会社法(7)』262頁〔上柳克郎ほか編〕（有斐閣、1986）。
- (11) 東京高判昭和61年8月21日判時1208号126頁（1986）。
- (12) 尾崎安央・判評463号58頁（判時1606号220頁）（1997）。
- (13) 鈴木竹雄「新株発行の無効再論」商事法務998号2頁（1984）、鈴木竹雄「新株発行の差止と無効」商法研究Ⅲ233～4頁（有斐閣、1971）。
- (14) 於保不二雄・民事法学辞典下巻（増補）1975頁（有斐閣、1964）。
- (15) 松尾卓憲「確認の利益」民事訴訟法の争点（第3版）126頁（1998）。
- (16) 菱田政宏「新株発行と瑕疵」『商事法の諸問題・石井照久先生追悼論文集』411頁（有斐閣、1974）。
- (17) 瀬谷ゆり子「新株発行不存在確認の訴えの被告適格」判タ190頁（1997）、大塚龍児「新株発行不存在確認の訴えとその被告適格」私法判例リマークス113頁（1998上）。
- (18) 菱田政宏「新株発行と瑕疵」『商事法の諸問題・石井照久先生追悼論文集』410～1頁（有斐閣、1974）。
- (19) 坂本延夫「新株発行が不存在ではないとされた事例」金判765号45頁（1987）。
- (20) 東京高判昭和61年8月21日判時1208号123頁（1986）、岩原紳作「新株発行無効の訴えの提訴期間の起算日と新株発行不存在」ジュリ947号119頁（1989）。
- (21) 金判921号23頁（1993）。
- (22) 金判1015号32頁（1997）。
- (23) 浦和地裁平成12年8月18日（認容判決・控訴後和解成立）金判1125号52頁（2001）。
- (24) 坂本延夫「新株発行が不存在ではないとされた事例」金判765号45頁（1987）、瀬谷ゆり子「新株発行不存在確認の訴え」『重要判例解説会社法新版』255頁（学陽書房、1992）、柿崎榮治「著しく不公正な方法によってされた新株発行の効力」ひろば48巻8号50頁（1995）。

#### IV 新株発行不存在確認の訴えの法的性質・根拠

- 1 新株発行不存在確認の訴えが適法な訴えとして認められるが、何を根



拠に認められるのか、その法的性質は何なのか、問題であり次の見解がある。<sup>(1)</sup>

判例の見解は、新株発行不存在確認の訴えを、会社法上の特殊の訴えであり商法280条ノ15に準じて認められる訴えであるとする見解である。そして、新株発行不存在確認の訴えは、通常の確認の訴えではなく、商法280条ノ15に準じて認められる特殊の訴えであり、請求認容判決には対世効が認められる、とする。

通説は、民事訴訟法の一般原則により、何時でも誰でもどのような方法によっても、その不存在を主張することができ必要があれば、独立の訴えとして認められる見解である。<sup>(2)</sup>

訴訟物一元論に立脚する見解は、新株発行不存在確認の訴えは、新株発行無効の訴えの一種であり、いずれの訴えも、「新株発行の効力否定宣言」を目的とする一つの訴訟であるとする見解である。<sup>(3)</sup>

## 2 検討

まず訴訟物一元論に立脚する見解は、株主総会の決議を争う訴え相互関係に関する近時の学説である。即ち、決議無効確認の訴え(商法252)、決議不存在確認の訴え(商法252)及び決議取消の訴(商法247条)は、別個の訴訟ではなく、これらは、すべて「決議の効力否定宣言」を目的とした一つの訴訟である<sup>(4)</sup>と考える説であるが、この株主総会の決議を争う訴え相互関係について成り立つこの理論構成を、新株発行不存在の訴えと、新株発行無効の訴えとの相互関係にそのままパラレルに持ち込んで、新株発行不存在の訴えは、新株発行無効の訴えの一種であり、いずれの訴えも、「新株発行の効力否定宣言」を目的とする一つの訴訟であると解する見解である。この見解によれば新株発行無効・新株発行不存在の主張は訴訟物たるを構成せず攻撃防御方法に止まると解することになる。従って、各訴えを別個のものとして扱う實際上の不便、とりわけ訴えの類型を間違っ場合の原告の不利益は避けられよう。<sup>(5)</sup>しかし、訴訟物一元論は、新株発行不存在の訴えは、新株発行無効の訴えの一種であり、いずれも、「新株発行の効力否定宣言」を求める点で訴

訟物は共通一個であるとするが、そもそも形成訴訟たる新株発行無効の訴えと確認訴訟たる新株発行不存在の訴えを一元化できるのかという疑問がある。また、この訴訟物一元論では、決議訴訟の既判力の客観的範囲(民訴法114条1項)が広がり過ぎないか、さらに、別個の訴訟物と解することから生ずる不便は解釈論や裁判所の釈明権の行使(民訴法149条)の努力で補える<sup>(7)</sup>、との批判もある。従って、訴訟物一元論は、民訴理論として訴訟物一元論は魅力である見解であるが、そもそも新訴訟物理論自体が根づかなかった実務の現状を考えると理論的関心に止まるものとする。

次に、判例の見解は、平成9年1月28日判決において「商法の明文の規定を欠いてはいるが、新株発行無効の訴えに準じて新株発行不存在確認の訴えを肯定する余地があり、」として、また瑕疵として「このような新株発行の不存在は、新株発行に関する瑕疵として無効原因以上のものである」から、「新株発行の不存在についても、新株発行に無効原因がある場合と同様に、対世効のある判決をもってこれを確定する必要がある。」とした。このような考え方は、判例が、株主総会決議不存在確認の訴えを総会決議無効確認の訴えを規定する商法252条に対比させた訴訟として位置付けている理解があるように窺われる。即ち、株主総会決議不存在確認の訴えは、昭和56年の商法改正で明文の規定が置かれることになったが(商法252条)、それ以前には、商法には規定がなく判例上は、適法な訴えと解されていた。例えば、最高裁(一小)昭和38年8月8日民集17巻6号823頁は「株主総会が何ら行われなかったのかかわらず、商業登記簿にその旨の記載がなされ、会社その他の関係人においてあたかもこれが適法に拘束力を有するかのように取扱われがちであるから、その失当であることを判決により明確にし、もって……その関係人間において右株主総会決議の拘束力のないことの画一的確定を計ることを目的としたもの」で、「株主総会決議の不存在という単なる過去の事実関係の存否の確定を求めるものではなく」、「商法252条(前記改正前の規定)は、決議無効確認の訴えについて規定し、商法109条の準用によりその無効判決に対世的効力を与えているが、株主総会決議がその成立要件を欠き不存在と

評価される場合においても、……その決議の内容が商業登記簿に記載されている場合に、その効力のないことの対世的確定を求める訴えの必要性は決議の内容の違法な場合と何ら異ならず、同条においてとくにこれを除外する趣旨がうかがわれぬ」としている。このように、判例の見解は、無効の訴えに準ずる会社法上の特殊の訴えとして肯定している。従って、判例の見解は、新株発行無効の訴えに定められた訴訟要件等をできるだけ準用することで、新株発行に伴う法律関係を早期にしかも画一的に確定することができる利点を有している。

しかし、それではわざわざ新株発行不存在確認の訴えを別に認める以上、新株発行無効の訴えとの差異をどこに置くのであろうか。新株発行無効の訴えは、法律上無効であるが、外形上は新株発行と認められるものが存在した場合が対象となる。そして、無効の訴えの提訴期間や遡及効の制限などの規定は、瑕疵があっても新株が存在するために、新株発行に伴う法律関係を早期かつ画一的に確定し、時の経過に伴う既成事実を尊重する処理をなそうとする趣旨のものである。従って、提訴期間の制限や原告適格の規定は、新株発行の効力を争うことを制約するものとして働くことになる。これに対して、前述のように新株発行手続を全く欠き単に新株発行の変更登記があるにすぎないなど、いわゆる新株発行不存在の場合は、前提たる新株発行の事実を欠いている。また、瑕疵として無効原因以上のものである。そして被告適格を会社とし、紛争の画一的確定の必要から対世効を認める解釈が求められるとしても、出訴期間の制限（6ヶ月）まで準用するのは行き過ぎであると考えられる。なぜなら、新株発行不存在の場合にも出訴期間の制限を設けることは、明文の規定なしに、日時の経過により無から有を生ずる結果を導くことになるからである。また、出訴期間の制限を設けたのでは、わざわざ新株発行無効の訴えの他に新株発行不存在確認の訴えを認めた実益が大きく減殺されるからである。従って、新株発行不存在確認の訴えに、明文の規定なしに新株発行無効の訴えと同じような制約を課す判例の見解には賛成できない。ここに新株発行無効の訴えとの差異を認めるべきである。又、新株発行不存在確

認の訴えが新株発行無効の訴えに準じて認められることから直ちに訴期間の規定が類推されるとするのは、不存在確認の訴えが認められる場合の瑕疵の重大性を見落としているのではなかろうか。

更に、通説の見解は、民事訴訟法の一般原則により、訴えの利益があれば、原則として提訴権者、提訴期間の制限はなく、何時でも誰でもどのような方法によっても、その不存在を主張することができ、必要があれば独立の訴えとして認められるとする見解であるとするが、しかし、確認の利益を持つ者は一般に株主あるいは取締役や監査役である。また、株主総会決議不存在確認の訴えと同様に社団的法律関係の画一的処理という観点からも対世的効力を有するものと解すべきである。

従って、私は、新株発行不存在確認の訴えは、過去の法的意味を持った新株発行という事実<sup>(8)</sup>（純粹の事実ではなく）に基づく法律関係の確認を求める独立の訴えで、訴えの性質は確認の訴えであり、形成の訴えである新株発行無効の訴えとは異なるものとする。又、出訴期間の制限を設けたのでは、わざわざ前述のように新株発行不存在確認の訴えを別に認める実益が大きく減殺されるから、出訴期間に制限されない訴えであると解すべきである。更に、不存在確認の訴えの新株発行の不存在の判決の効力としては、はじめから不存在（絶対無効）であると解する。そして、新株発行不存在確認の訴えは、①当該紛争にとって最も強い利害関係をもつ当事者が選択されることによって、充実した訴訟追行が期待され、②訴訟継続を第三者に知らせてその者に訴訟参加の途が与えられる等の手続きが保障されていれば、その認容判決には、判決効の拡張（対世的効力）を伴うものと、この訴えを考える。

（1）アメリカでは、新株発行の無効の訴えという制度がない。決議の手続上・内容上の瑕疵は、株主総会議の瑕疵でも取締役会決議の瑕疵でも、決議そのものを対象としているのではなくて、決議によってまたはそれに基づいてなされる会社行為を対象としている。例えば、Rowland v. Times Pub. Co., 160 Fla. 465, 35 So. 2d 399 (1948)〔新株発行の取消〕は、被告取締役たちが新株を発行したときに、原告株主に対する忠実義務違反を犯したので株式発行を取消した事例。Hunsicker v.

Reading Laundries, Inc., 26 Pa. D. & C. 215 (1936) [新株の会社への返還請求] は、取締役会の多数派による会社支配のための金庫株の売買を取消し会社への返還を認めた事例。Hammer v. Werner. 239 App. Div. 38, 265 N.Y. Supp. 172 (1933) [損害賠償] は、金庫株を購入する新株引受権に関し、会社の取締役たちは、原告に比例的部分の購入の機会を与えないで、彼ら自身のために金庫株を取得したことが、株主に対する義務違反として、損害賠償請求をした事例。Snelling v. Richard, 166 Fed. 635 (C. C. S. D. N. Y. 1909) [差止命令] は、会社を支配する多数派株主の権利を奪うために、未発行株式を少数派の取締役役らの指名する人や彼らの利害関係人に発行したことに対して、緊急差止命令が出された事例。谷口安平「会社訴訟のための手続構造(1)」民商55巻5号714頁注(9) (1967)。洲崎博史「不公正な新株発行とその規制(1)」民商94巻5号568頁注(1) (1986)、岩原紳作「株主総会決議を争う訴訟の構造(三)」法協96巻8号982頁 (1979)、ドイツでは、違法な増資に対してドイツ株式法は、わが国の新株発行無効の訴えのような、増資そのものを無効とする制度を有しない。またの差止請求も、解釈論として認められるとする有力説はあるが、すくなくともドイツ株式法明文で規定されていない。従って、違法な増資に対する措置としては通例利用されるのは、当該増資を決議した、あるいは取締役に増資を授権した、株主総会の無効・取消しの訴えである。洲崎博史「不公正な新株発行とその規制(1)」民商94巻5号586頁 (1986)、増資決議取消判決につき、岩原紳作「株主総会決議を争う訴訟の構造(八)」法協97巻6号830頁 (1980)、椋川泰史「新株発行に際する既存株主の救済方法」静岡大学法経研究39巻4号5頁 (1991)。

(2) 最高裁平成9年1月28日民集51巻1号40頁、高松高裁平成12年1月20日判時1720号167頁 (2000)、判タ1042号240頁 (2000)、佐茂剛「新株発行不存在確認の訴えにおける出訴期間の制限」判タ1065号228頁 (2000)、浦和地裁平成12年8月18日(認容判決・控訴後和解成立) 金商52頁 (2001)。

(3) 近藤弘二『新版注釈会社法(7)』341頁〔上柳克郎ほか編〕(有斐閣1986)、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』(新版) 395頁 (有斐閣, 1987)、北沢正啓『会社法 (第5版)』550頁 (有斐閣, 1998)。

(4) 坂本延夫「新株発行が不存在ではないとされた事例」金商765号44頁 (1987)、霜島甲一「総会決議の取消・無効を主張する訴訟の訴訟物」『実務民事訴訟講座(5)』3頁 (日本評論社1959)、前田庸「いわゆる決議不存在確認の訴え」『実務民事訴訟講座(5)』29頁 (日本評論社, 1959)。

(5) 通説は、株主総会決議取消の訴 (商法247条)、同決議無効無効確認の訴え (商法252条)、同決議不存在確認の訴え (商法252条) などを別個独立の訴えと解する。しかし、これに対しては、これら株主総会の決議を争う訴訟はいずれも決議の効力を否定する宣言を求める点で共通で、同一決議につき訴訟物は一個であって、

その訴えの性質は形成の訴えと確認の訴えの複合形態であるとの見解もある (霜島甲一「総会決議の取消・無効を主張する訴訟の訴訟物」『実務民事訴訟講座(5)』3頁 (日本評論社, 1959)、上田徹一郎「民事訴訟法 (第2版)」132頁 (法学書院, 1997)、坂井芳雄「株主総会決議決議不存在確認の訴はゆるされるか」判タ70号25頁 (1957)・72号36頁 (1957)。

(6) 高橋宏志「重点講義民事訴訟法 (新版) 67頁」(有斐閣, 2000)

(7) 前田庸「いわゆる決議不存在確認の訴え」『実務民事訴訟法講座(5)』42頁 (日本評論社, 1969)、佐藤鉄男「株主総会の決議を争う訴訟の訴訟物」『民事訴訟法の争点 (第3版)』149頁 (有斐閣, 1998)、石田宣孝「株主総会の瑕疵」商法演習 I [会社法] 152頁 (成文堂, 1995)。

(8) 松尾卓憲「確認の利益」『民事訴訟法の争点 (第3版) 126頁 (有斐閣, 1998)。

## V 新株発行不存在確認の訴えの被告適格

### (法人の内部紛争における被告適格)

#### 1 問題の所在<sup>(1)</sup>

法人 (以下法人格なき社団も含む) の内部紛争とは、法人の内部組織上、その決議の存否効力や、或る者が法人の代表者や理事等の機関の地位にあるか否か等をめぐって、その法人の構成員や機関の間で争いが起こる場合を指<sup>(2)</sup>す。商法の規定の各種の訴をみても、新株発行差止請求権 (商法280条ノ10) が「会社ニ対シ」請求し得る旨規定していることと、取締役の行為差止請求権 (商法272条) が文言上対象とされるべき取締役と解釈されることを除けば、誰を相手に提起すべきかを明らかにする文言を置いていない。このことは、原告適格について、株主総会決議無効の訴え (商法252条) の場合を除き、すべてその適格者を明定している会社法の建前と対照的である。

そこで、なぜこの種の訴訟では被告適格が問題になるのだろうか<sup>(3)</sup>、第一に、それらの訴訟は、確かに法人の紛争であるとはいえ、その実態は法人内部の経営主導権をめぐる構成員間の争いであって、法人それ自体としては紛争の真の主体とはいえないことから、法人をもって被告とすればよいのか、それとも紛争の真の主体 (相手方) をもって被告とすべきなのか、という問題

があるからである。また、第二に、この種の訴訟では、団体訴訟の常として、それら判決効が当時者以外の第三者にまでの拡張されることが多いが、それら判決効の拡張を受ける第三者の手続保障との関係で、一体誰がこの種の訴訟<sup>(5)</sup>の追行にあたるかが問題となるからである。

## 2 判例の立場

判例は、①合資会社の無限責任社員が他の社員を相手取って、その者が無限責任社員でないことの確認を求めた事件における判決（最判昭和42年2月10日民集21巻1号112頁）、②A寺の前代表役員であり現在も代表役員（住職）だと主張するXと、現に代表役員として登記されているY1およびA寺の本山（法律的には包括宗教法人）Y2寺との間でのXが代表役員であることの地位確認を請求した事件（銀閣寺事件）判決（最判昭和44年7月10日民集23巻8号1423頁）において、それぞれ会社またはA寺を当事者に加えていないことから、会社またはA寺に判決効を及ぼすことができずとし、③新株発行不存在確認の訴えの被告適格に関して、最高裁平成9年1月28日は、「……会社を被告としてのみ提訴することが許されるものと解すべきである。」として、新株発行不存在確認の訴えの被告適格者は会社であるとする。このようにして、判例は、法人を被告適格者の中核とする考えに固まった。

## 3 学説の立場

学説でも、この種の紛争においては、会社を被告として訴えを提起すべきことを強調するのが通説である。その根拠は、母法とされるドイツ株式法に明文の規定がおかれていること（株式法246条2項、249条1項、250条3項、251条3項、256条7項、257条2項）、決議は会社の意思決定だから、それについて処分権をもつ会社が被告となるべきであるということ、会社の内部関係の画一的処理の要請から判決に対世効を認めるべきことと関連して、会社を除外した訴訟の判決の効力が会社に及ぶとする訴訟を認めるべきではないこと等の理由である<sup>(6)</sup>。しかし、これに対しては有力な反対説がある（以下の

議論は、新株発行不存在確認を念頭に置いたものではないが、この場合に類推されるものとする）。

谷口安平教授（以下谷口説と称する）は、法人格が対外的関係においてのみ意味を持つ法技術であり、対内的関係において法主体となり得るものではないことを前提として（決議の効力をめぐる紛争はコップの中の嵐であって会社自体は紛争主体になっていない。これは谷口安平・ジュリ500号326頁での表現）、「紛争の主体は決議を有効と主張する株主および理事者と無効と主張する株主および理事者であり、これを訴訟で解決しようというのならこの両派が原・被告に分かれて争うのが筋が通っている」とする。そして、決議の効力を争う訴訟における紛争主体でもっとも充実した防禦活動を期待できる者としては、結局、提案者たる取締役会を代表する代表取締役（選任決議の場合には当該取締役と代表取締役を共同被告とする）とするのが妥当とする<sup>(7)</sup>。従って、谷口説によれば、本件の事例（最高裁平成9年1月28日）においては、会社内部の支配権をめぐる叔父と甥の争いという図式から叔父が甥を被告としたのは正当ということになる。

福永有利教授（以下福永説と称する）は、決議訴訟は株主全員を相手にするのが本来だが、それが非現実的であるとすれば、株主全員の意見を集約・調整したところから従った訴訟追行ができる者に被告適格を認めるべきであり、それは会社である。しかし、ある決議につき株主一般とは異なる特殊利益を有する者（取締役選任決議では被選任者）は、会社によってその利益を十分に代表されていないので、その取消・無効確認の訴えでは会社が第一次的な被告、特殊利益を有する者が第二次的な被告となる、とする<sup>(8)</sup>。

中島弘雅教授（以下中島説と称する）は、原告以外の株主にも原告と対立する派と中立派とがあり、取締役選任決議の無効・取消しでは、対立する派の利益は被選任者により代表されても、中立派の利益は会社によって代表されるから、被選任者が第一的な被告、会社が第二的な被告となるとする。

山本克巳教授（以下山本説と称する）は、総会決議の効果の帰属点として、開始は必ず判決の名宛人すなわち名宛人すなわち被告とされるべきであるが、

それは原告に被告の選択を誤らせないがためであり、被告とされた後、会社は具体的な訴訟追行をすることを許されず、決議の効力の維持または覆滅につき具体的利益を有する関係人が、各々被告側または原告側の共同訴訟参加人または共同訴訟敵補助参加人として訴訟を追行する。

#### 4 検討

まず谷口説は、判決の対世効を出発点に捉えるのではなく、判決の対世効を充実した訴訟追行の結果と位置づけている点は、傾聴に値する。しかし、最も強い利害関係人＝当事者適格者による充実した訴訟追行が判決の正当性を確保することを前提に第三者への判決効拡張をも正当化しようとするが、このことだけでは判決効拡張を受ける第三者の利益を確保できないのではなかろうか。

次に山本説は、訴訟追行・当事者活動をしてはならないという当事者という者を作り出した点（訴訟追行をしなくてよい当事者ではなく、してはならない当事者）で従来の考えと大きな飛躍がある。

福永説は、会社（法人）が被告になるというのと、谷口説の代表取締役が被告になるといおうと、実際に訴訟追行するのは、いずれにせよ代表取締役であり、その点で谷口説と福永説は大差はない。

中島説は、対立する派の者の利益は被選任取締役等によって代表されるが、この派に加わっていない中立ないし無関心の一般株主は、訴訟で代弁されることなく判決効を押し及ぼされることになる。これは、これら一般株主の手続保障から見て不当であり、これらの者の利益保護のため会社が被告となるべきだとするのである。結果として、福永説と近くなる。

思うに、この問題をどう解するかは、まず、「当事者適格一般について、実体法上の管理処分権の所在ないし当該訴訟の訴訟物から演繹的に当事者適格を導き出す実体法的アプローチを前提」（当事者適格に関する伝統的通説・実体法的アプローチ）とするか、「法人を実在する存在と考えるとの前提の下に、徹底して、紛争が誰と誰の間にあるのかを基準に据えるのか」（紛

争主体アプローチ）という点に帰着するものと思われる。<sup>(11)</sup> 実体法的アプローチをするのが、判例である。紛争主体アプローチをするのが、谷口説である。

次に、会社などの団体的法律関係においては、それに関与する主体が多数に上り、団体の運営を円滑に行わしめるためには、争いになる法律関係や法律上の地位の存否や内容に関し、多数人との間で画一的に確定する必要がある、又、それによって派生的権利関係についての紛争を抜本的に解決することが可能になる。そのために訴訟係属を第三者に知らせ、第三者が欲すれば訴訟参加ができる手続を認める必要がある。会社法上の訴えにおける公告（参照商105条4項）の準用がその例である。

そこで、第三者の保護を図りつつ、紛争を最も真剣にかつ徹底的に争うことができる者に当事者適格を限定して審理すれば判決の内容の正当性を高めることができるものとする。このような視点から被告適格を考えると、まず、訴えが提起されたら、訴訟係属を第三者に知らせるために会社法上の訴えにおける公告（参照商105条4項）の手続がなされる必要がある。そして、実体法関係を抜きにして、生の紛争主体をもって当事者適格を判断することは、法人という複雑な内部的法律関係を逆に無視することになり、はたしてこれでよいのかという疑問が生じてくる。そこで、株主総会の効力の維持について最も大きな利害を有するのは会社自体であり、判決の効力をうけるべきものも会社である。<sup>(12)</sup> 従って、まず、会社に被告適格を認めるべきである。そして、紛争の実体を直視するならば、法人で代表される一般の構成員・役員の地位を越えた特別の利害関係がある者にも被告適格を肯定すべきである。そして両者は、共同被告とすべきであるとする（固有必要的共同訴訟）。なぜなら、このような者に当事者適格を限定することによって充実した訴訟追行が期待できるとともに、法律関係の画一的確定が図られ、対世的効力が与えられても第三者の裁判を受ける権利（憲32条）は害されるものではないと考えるからである。従って、最高裁平成9年1月28日判決の被告適格は会社の他、叔父（X）と甥（Y）の争いという図式での甥（Y）は、特別の利害関係を有する株主として、被告適格が認められ、その両者を、共同被告とす

べきであるとする（固有必要的共同訴訟）。

#### IV 結語

以上、新株発行不存在確認の訴えに関しては、新株発行無効の訴えの「発行ノ日」は新株発行の効力発生の日、即ち払込期日の翌日であると解すべきである。新株発行無効の訴えの出訴期間の6か月には拘束されるべきではない。新株発行の不存在は法律的事実であり、新株発行の不存在とは、新株式の実体が存在しないことである。新株発行の実体が存在せず、新株発行による変更登記があるにすぎない場合だけでなく、新株発行（行為）が外形上存在すると法的に評価されえない場合も新株発行の不存在である。即ち、新株発行無効の訴えの出訴期間の条件に制約されない訴えを許容すべき程度に手続的に著しい瑕疵がある場合で、更に新株発行の手続に関する一連の重大な瑕疵が、いわゆる「不公正な新株発行」の違法性と有機的に重なることによって新株発行は法的側面において不存在と評価すべき場合がある。又、新株発行不存在確認の訴えは、確認の訴であり、判決の効力は、手続保障がなされていれば対世的効力がある。しかし、新株発行無効の訴えの規定を出訴期間を含めてすべてを準用すべきではない。そして、被告適格は、法人の他、法人で代表される一般の構成員・役員の地位を越えた特別の利害関係がある者にも被告適格を肯定すべきである。そして両者は、共同被告とすべきであると考えた（固有必要的共同訴訟）。

しかし、本稿では、その他の訴訟要件や判決効についての考察が紙面の都合で充分なされていないので、今後更にこの点も含めて研究を積み重ねていくつもりである。

尚、我国会社法の紛争の特色は、百万を越える中小閉鎖会社の存在と、しばしば同族同士の争いや相続争いの延長線上での会社支配権の争奪が、会社法上の紛争という形で現れてくる。新株発行不存在確認の訴えも同様である。そこで、閉鎖会社の特殊性を踏まえて、新株発行不存在確認の訴えを立法的に解決し、更に、有限会社を含めて、閉鎖会社の取締役の責任、株主、会社

債権者保護の強化を図る立法の必要性が強く感じられる。

- (1) 菱田雄郷「新株発行不存在確認の訴えにおいては会社を被告としなければならない」法協115巻12号1959頁（1998）、高地茂世「法人の内部紛争をめぐる訴訟における当事者適格」法律論叢第56巻5号101頁（1983）、本間靖規「新株発行不存在確認の訴えにおける被告適格」龍法30巻2号197頁（1997）、小林量「新株発行不存在確認の訴えにおける被告適格」民商117巻6号873頁（1998）、山本弘「新株発行不存在確認の訴えの被告適格」会社法判例百選（第6版）150頁（1998）、吉垣実「新株発行不存在確認の訴えについて」東海法学23号219頁（2000）。
- (2) 松尾卓憲「法人の内部紛争」『基本問題セミナー民事訴訟法』（鈴木重勝、上田徹一郎、編）31頁（一粒社、1998）、福永有利「法人の内部紛争の当事者適格」『新実務民事訴訟講座Ⅰ』321頁（日本評論社、1981）。
- (3) 最高裁平成4年10月29日判時1454号146（1993）は、原告らが株主ではないとする別件訴訟の判決が確定した場合新株発行不存在確認の訴えが訴えの利益を欠き不適法とされた事例である。
- (4) 取締役解任の訴え（商257条3項）の被告を誰にするかという問題がある。最高裁平成10年3月27日民集52巻2号661頁は、「商法257条3項所定の取締役解任の訴えは、会社と取締役との間の会社法上の法律関係の解消を目的とする形成の訴えであるから、当該法律関係の当事者である会社と取締役の双方を被告とすべきものと解される。」とする。しかし、本論文では、詳述を避けることにする。
- (5) 高橋宏志「重点講義民事訴訟法」（新版）264頁注（58）（有斐閣、2000）。
- (6) 大隈健一郎＝今井宏・会社法論中巻〔第3版〕123頁（有斐閣、1992）。アメリカの代表訴訟（派生訴訟）の原告は株主であるが、被告は、取締役や役員等と会社である（会社は名目的被告）。谷口安平「株主の代表訴訟」『実務民事訴訟講座（5）』106頁（日本評論社、1969）。
- (7) 谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」中田淳一先生還暦記念『民事訴訟の理論（下）』51頁（有斐閣、1970）。本間靖規「新株発行不存在確認の訴えにおける被告適格」法学教室203号105号（1997）。
- (8) 福永有利「法人の内部紛争と当事者適格」『新・実務民事訴訟講座Ⅰ』321頁（日本評論社、1981）。
- (9) 中島弘雅「法人の内部紛争における被告適格について（3）」判タ538号35頁（1984）。
- (10) 山本克巳・判例特別研究・民商95巻6号924頁（1987）。
- (11) 本間靖規「新株発行不存在確認の被告適格」法学教室203号105号（1997）。
- (12) 高地茂世「会社訴訟と被告適格」法学教室234号27頁（2000）。